

SENADO

SECRETARIA

DIRECCION
DE
COMISIONES

XLIIa. LEGISLATURA
Tercer Período

CARPETA Nº 715 de 1987

COMISION DE
CONSTITUCION Y LEGISLACION

DISTRIBUIDO Nº 103 de 1987

(SIN CORREGIR)

Mayo de 1987

EX SENADOR JOSE GERMAN ARAUJO

Recurso de revocación

VERSION TAQUIGRAFICA DE LA SESION DE LA COMISION
DEL DIA 19 DE MAYO DE 1987

Preside : Señor Senador Dardo Ortiz

Miembros : Señores Senadores Nelson Alonso, Gonzalo Aguirre Ramírez, Juan C. Fá Robaina, Américo Ricaldoni y Juan C. Rondán

---

SEÑOR PRESIDENTE (Esc. Dardo Ortiz).- Habiendo número está abierta la sesión.

(Es la hora 14 y 50 minutos).

SEÑOR ALONSO.- De acuerdo con el plan de trabajo elaborado por la Comisión, en el día de hoy corresponde que continuemos con la discusión relativa a uno de los aspectos del recurso interpuesto por el señor Germán Araújo, contra la resolución del Senado que lo removió de su cargo de Senador.

En tal sentido, en el entendido de que se trataba de un punto de previo y especial pronunciamiento, habíamos acordado que, en primer término, por razones de buen orden y de economía de trabajo, dirimiéramos el asunto de la recurribilidad del acto. Es decir, si el acto por el cual el Senado, en aplicación de la norma constitucional pertinente, removió al entonces Senador Araújo de su cargo, es de aquellos actos que admiten recurso o no, sobre todo tratándose de un tema que ha quedado planteado a raíz de que en el informe expedido por la Asesoría Letrada en relación a este expediente, se sostiene la tesis de la irrecurribilidad del acto del Senado en función de que sería un acto de gobierno.

En la sesión anterior hice algunas reflexiones que, si se me permite, quisiera reiterar en el día de hoy porque considero que tienen enorme trascendencia. Me refiero a las consecuencias o efectos que traiga aparejada la decisión que adoptemos sobre este punto. Con relación al resto del recurso, es decir, si la medida ha sido acertada, procedente o si contiene vicios formales, podríamos discutir extensamente y llegar a una resolución de indudable importancia porque el caso tiene trascendencia política, jurídica y constitucional. Pero cuando se trata de definir la recurribilidad o no del acto, la trascendencia es mayor porque la resolución establecerá un precedente jurídico de gran fuerza, que será invariablemente aplicable --aunque no con fuerza obligatoria-- a cualquier otro caso que se plantee en el futuro.

La resultancia de este caso concreto será aplicable, en mayor o menor medida, a cualquier otra hipótesis similar que se presente; seguramente ninguna será idéntica a la que estuvo a consideración del Senado.

En lo que tiene que ver con la recurribilidad del acto del Senado, eso sí puede ser de aplicación estricta y considero que tiene una enorme trascendencia.

La tesis de la recurribilidad del acto se basa fundamentalmente en que se trataría de un acto de carácter administrativo y como tal, estaría dentro del principio general del artículo 317 de la Constitución. La tesis de la irrecurribilidad se basa en entender que éste es un acto de gobierno o de los llamados actos políticos, y surge del propio informe del doctor Mieres Muró que, por tratarse de un acto de gobierno, no sería admisible contra él recurso alguno.

En primer lugar, aunque tengamos que transitar por algunos conceptos que son elementales para los miembros de esta Comisión, por razones de buen orden en el tratamiento del tema, pensamos que hay que abordarlo examinando su contenido y el sentido que tiene la clasificación de los actos jurídicos del Estado. Sabemos que los actos jurídicos, desde el punto de vista funcional y, también, de su valor y fuerza, se pueden clasificar en actos constituyentes --sobre los que no voy a insistir porque están claramente excluidos de la hipótesis en discusión--, actos jurisdiccionales, en los que se ejerce la función jurisdiccional, actos legislativos, en los que, se ejerce la función legislativa, y actos administrativos, a través de los que se ejerce la función administrativa. El concepto de acto administrativo, según el doctor Sayagués Laso, sería el de la declaración unilateral de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos de naturaleza subjetiva. Esto es lo que podríamos llamar una clasificación primaria, en función del criterio funcional y del contenido del acto.

A su vez, se plantea como objeción a la recurribilidad del acto del Senado, la invocación de otra categoría o clasificación, que sería la de acto de gobierno o acto político. Consideramos que es fundamental determinar qué se entiende por acto de gobierno para poder saber si este acto del Senado puede ser incluido en esa categoría. En tal sentido, en primer lugar hay que definir si admitimos doctrinariamente y desde el punto de vista del Derecho Positivo la existencia de los actos de gobierno; en segundo término, tenemos que determinar si el que estamos analizando es o no un acto de gobierno y, por último --aunque fuera un acto de gobierno--, hay que aclarar si los actos de gobierno son irrecurribles como se sostiene en el informe del doctor Mieres Muró.

La tesis del doctor Giorgi define al acto de gobierno como aquel que traduce la suprema actividad directiva del

25×

Estado o el que atañe a sus intereses vitales externos e internos. Esta teoría nace en el siglo pasado, en Francia, y se ha ido reduciendo en su contenido y, diría, en su apoyo doctrinario. Paulatinamente ha ido perdiendo crédito, aun cuando se puede sostener en forma valedera que el propio texto constitucional uruguayo admite, por lo menos, la existencia de actos de gobierno, puesto que en varios artículos se refiere a ellos con esa denominación.

Cabe señalar que no puede oponerse el concepto de acto de gobierno al de acto administrativo. En definitiva --y en esto la doctrina es unánime-- el acto de gobierno es considerado una subespecie de lo que es el acto administrativo. Los actos administrativos se dividirían en acto de gobierno y en actos de administración, entendiendo por actos de gobierno aquellos que definía el doctor Giorgi en los términos que recién expuse, y actos de administración, con un concepto de carácter residual, serían todos los demás actos administrativos. Por otra parte, el acto de gobierno estaría caracterizado por su alto grado de discrecionalidad.

¿Por qué decimos que se trata de una subespecie dentro de lo que es el acto administrativo y por qué no son comparables a la categoría de dicho acto? En primer lugar, porque el acto administrativo, así como el legislativo, el jurisdiccional y el constituyente atienden fundamentalmente al contenido del acto, a lo que es su fuerza y su valor, tal como lo expresa el doctor Cassinelli Muñoz. En cambio, en este caso, la clasificación se hace de acuerdo con otro criterio, con el del objeto y la finalidad del acto. Es decir, el acto legislativo, a lo que atiende es al cumplimiento de la función legislativa y al contenido de la norma, que sería una norma de carácter abstracto y de aplicación general; el acto administrativo se refiere al contenido de la norma en cuanto es una norma unilateral pero de efecto jurídico subjetivo. Estos criterios no son los que regulan el acto de gobierno que a lo que atiende es a la finalidad perseguida por ese acto.

Por lo tanto, es incorrecto pretender configurar el acto de gobierno como una categoría equiparable o que puede entrar dentro de la misma calificación de los actos legislativos.

Las hipótesis de actos en cuanto a forma de expresión de la voluntad del Estado siguen siendo cuatro: el acto

25x

constituyente, el jurisdiccional, el administrativo y constitucional.

Dentro de la categoría de acto administrativo nos encontramos con subespecies donde se puede hablar de acto de gobierno, de acto de administración.

El artículo 317 de la Constitución es el que establece el principio general en materia de recurribilidad de los actos: "Los actos administrativos pueden ser impugnados con el recurso de revocación, ante la misma autoridad que los haya cumplido, dentro del término de diez días, a contar del día siguiente de su notificación personal, si correspondiere, o de su publicación en el Diario Oficial." Este es el principio general que establece nuestro Derecho positivo en su máximo nivel.

También la Constitución, cuando se refiere a la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el inciso primero del artículo 309 establece: "El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder." Asimismo, el inciso segundo establece: "La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados".

Me he permitido hacer una breve lectura de estos incisos, señor Presidente, porque la reforma constitucional de 1967 introdujo una modificación que entendemos que es sustancial para la interpretación armónica del sistema que establece la Constitución. Así, en él se da competencia al Tribunal de lo Contencioso Administrativo con referencia a los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado. Se trata de una expresión genérica con la que se quiso englobar todas las hipótesis de los actos administrativos que pueden ser dictados por los órganos del Estado.

Todo esto fue muy comentado por el doctor Julio Sanguinetti, quien señaló que lo que se había pretendido era poner dentro del marco de control jurisdiccional, todos los actos administrativos del Estado.

25 x

Puedo referirme también al artículo 198 de la Constitución como a otro texto positivo que, en algún momento, ha sido esgrimido como un supuesto argumento en contra de la recurribilidad de los actos con carácter general, ya que establece que las destituciones y remociones en el caso de los Directores de Entes Autónomos, no darán derecho a recurso alguno ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Considero que, justamente, esta excepción que a texto expreso hace la Constitución, nos señala --dado que no podemos suponer que se trata de una mención superabundante o innecesaria del texto constitucional-- que fue necesario fijarla porque, de lo contrario, el precepto hubiera caído dentro del principio general, que establecía la recurribilidad para todos los actos administrativos.

Quiero señalar que en el informe del doctor Andrés Mieres Muró me llamó mucho la atención la debilidad que posee toda la argumentación que se hace para apoyar la irrecurribilidad del acto de gobierno, en este caso el acto administrativo dictado por el Senado.

Deseo poner de manifiesto, que demostrando una gran honestidad intelectual, no se omiten los antecedentes y opiniones de la doctrina, contrarios a la tesis del propio informante. Pero al no hacerlo, de su lectura surge con fuerza demoledora que la opinión de la doctrina contraría la tesis del informante.

Personalmente, considero que se incurre en un error de enfoque, ya que se insiste persistentemente en la creación de la categoría "acto de gobierno". En este momento voy a prescindir --porque no quiero dilatar en exceso mi intervención, y porque creo que no hace a lo fundamental de la discusión del tema-- del análisis de la existencia o no del acto de gobierno, o del acto político, denominación ésta que responde, desde el punto de vista jurídico, más que nada, a un engendro del doctor Aparicio Méndez y que este propio Senado se encargó de derogar. Repito que voy a prescindir de dicho análisis ya que por el camino de la doctrina, nos llevaría muy lejos, y porque considero que a los fines del tema es totalmente irrelevante. Por consiguiente, vamos a dar por sentado que existen los actos de gobierno, sostenidos, reitero, por una doctrina en retroceso y, sobre todo, como bien lo señala el doctor Giorgi, con

la dificultad de que no es posible precisar en forma absoluta cuáles son actos de gobierno y cuáles no.

El doctor Giorgi señala, incluso, en su trabajo "El Contencioso Administrativo de Anulación", que lo que constituyen actos de gobierno para un sistema o régimen determinado, pueden no serlo para otro sistema. En consecuencia, deseo advertir el peligro enorme que implica la existencia de una teoría que establezca la irrecurribilidad de actos sobre los cuales no hay una absoluta precisión e identificación. No debemos olvidar que al hablar de la irrecurribilidad de actos, prácticamente, nos estamos refiriendo a una discrecionalidad total y absoluta de los órganos del Estado, tesis que nos parece sumamente peligrosa y que, en la Constitución de 1967, se tiende a evitar.

A lo que deseo llegar es a que la naturaleza del acto de remoción que aprobó el Senado el 21 de diciembre próximo pasado, es la de un acto parlamentario --aplicando un criterio orgánico-formal--, ya que emana de un órgano del Poder Legislativo. Desde el punto de vista sustantivo, se trata de un acto administrativo discrecional, es decir, por aplicación del criterio material.

En función de ese acto administrativo discrecional --según el profesor Sayagués Laso--, la Cámara de que se trate tiene la posibilidad jurídica de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de ciertos límites.

Puntualizo esto último con énfasis porque creo que es fundamental a esos efectos, señalar --como bien lo precisa Giorgi en alguna opinión-- que ningún acto de los órganos del Estado puede ser totalmente discrecional, y que todo acto de los órganos del Estado, de una forma o de otra, tienen que estar sujetos a un determinado contralor. Esto es muy importante desde el punto de vista de la filosofía política, así como del sistema de gobierno que nos rige. Tanto la Carta como su aplicación por los órganos del Estado muestran la permanente preocupación del respeto a las garantía y a los derechos individuales.

25x

En general, expreso que la tesis de existencia de los actos de gobierno y de que ellos son irrecurribles implica un peligro muy serio para la vigencia de los derechos y las garantías individuales.

La remoción, ¿es un acto de gobierno? Entiendo que no.

La decisión que toma el Senado, que es de carácter disciplinario, no encuadra dentro de lo que Giorgi define con acierto como la "suprema actividad directiva del Estado o la que atañe a sus intereses vitales internos y externos". Por consiguiente, no se trata de una decisión que atañe a los intereses vitales internos y externos del Estado. Pero aun cuando se tratara de un acto de gobierno, sostengo --y puedo demostrarlo con la lectura de las citas-- que la unanimidad de la doctrina se afilia a la tesis de que los actos de gobierno son recurribles. O sea, los actos de gobierno comparten la naturaleza de acto administrativo y, por lo tanto, son recurribles porque así lo establece, expresamente, el texto constitucional. Y, salvo que exista --también expresamente y en el texto constitucional-- la excepción correspondiente, lo único que cabe es aplicar el criterio de la recurribilidad.

Me llama la atención que, en el informe del asesor letrado, el argumento al que básicamente se remite es al del informe de la Comisión Asesora Constituyente de 1952. Es curioso porque lo que no es recogido expresamente por el texto constitucional --y sí estaba en el contenido en el informe en mayoría de la Comisión-- es esgrimido no como argumento coadyuvante, sino fundamentalmente para oponerlo al propio texto positivo. Tan es así que, inclusive, la conclusión a la que llega el informante --y aludiendo a la que es la opinión del señor Senador Aguirre-- es la siguiente: "Por ello, contrariando el ilustrado criterio sustentado por el doctor Gonzalo Aguirre Ramírez, entendemos que para que la teoría que él defiende fuera la acertada, el artículo 309 de la Constitución debería decir "actos administrativos definitivos incluidos los de gobierno". Creo por lo tanto, que esta conclusión lo que hace es ratificar y confirmar la debilidad de toda la argumentación anterior, porque si se propone la fórmula de que debería decir "actos administrativos definitivos incluidos los de gobierno", está admitiendo y reconociendo que los actos de gobierno son actos administrativos.

Por lo tanto, el constituyente no tiene por qué señalar lo que sería, en cierta forma, una reiteración, un pleonasmo,

25x

"incluidos los actos de gobierno", porque bastaría con establecer genéricamente y sin excepciones que "son recurribles los actos administrativos". Esto es, precisamente, lo que establece la Constitución; y al texto expreso del derecho positivo, no veo cómo se puede oponer como argumento lo que puede haber sido un informe en mayoría de una Comisión Asesora.

En síntesis, ratifico que los actos del Estado se siguen clasificando como actos constituyentes o jurisdiccionales o legislativos o administrativos. Por lo tanto, en ese nivel no hay otras categorías. Las hay sí, dentro de los actos administrativos y, en aplicación de otro criterio, que es el de la finalidad del acto, podemos distinguir como subespecies los actos de gobierno y los de administración. Más allá de que no los miro con simpatía, sino con desconfianza, podría admitir, teóricamente, la existencia de los actos de gobierno; pero de ello tampoco se infiere que los actos de gobierno sean irrecurribles, porque el texto constitucional dice exactamente lo contrario.

Para finalizar, reconociendo el hecho de que evidentemente le sobra la autoridad jurídica, la elocuencia y el poder de síntesis que me faltan, voy a dar lectura a un trabajo muy breve --pero muy claro y jugoso al respecto-- del doctor Justino Jiménez de Aréchaga. En la revista "Judicatura" Año I, Nº 3, de 1976, en un breve trabajo que denomina "Los actos de gobierno y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo", dice lo siguiente: "Se ha discutido más de una vez si los actos llamados de gobierno pueden ser impugnados por razón de ilegalidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con el efecto de que éste pueda eventualmente disponer su anulación. Parece muy claro que la incorporación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en medio de la administración, como decía Espalter, tuvo por finalidad imponer al Poder administrador --el Ejecutivo "lato sensu"--, su sumisión al principio de legalidad. Esto fue dicho en las últimas constituyentes y sus sucedáneas en todos los tonos. Pero algún tiempo después de nacida la nueva institución, a la cual el texto del artículo 309 atribuye tan amplísima competencia, surgio la idea de que se debía establecer un distingo que circunscribía gravemente ese ámbito del poder del Tribunal, dejando fuera de él materias de la mayor importancia, algunas de ellas vinculadas con la vigencia efectiva de los derechos humanos.

25 x

¿Cuál fue esa idea? Se tomó en consideración el hecho de que el artículo 147 de la última Constitución, cuando trata la posibilidad de que los Ministros sean juzgados por la Asamblea General, dice que podrán serlo por sus actos de administración o de gobierno. De ahí se partió para sostener que la Constitución nacional, digamos mejor, el Derecho Constitucional nacional, admite el distingo antre actos de administración y actos de gobierno. Luego, dando un salto más hacia el derecho extranjero, se argumentó que aquí y allá, que en tal y tal otro país, solamente se admite que se ejerza el contralor de regularidad jurídica sobre los actos de administración, pero no sobre los actos de gobierno. Creo que esa doctrina, peligrosísima en la práctica, funesta en los resultados, es equivocada en sus fundamentos.

Si bien el Derecho Constitucional uruguayo distingue entre actos de administración y actos de gobierno, no dice que solamente estén sometidos al control de regularidad jurídica los actos de administración. En cambio, expresa que están sometidos a ese control de regularidad jurídica los actos administrativos. Y hay que entender que tanto son actos administrativos los llamados actos de administración como los llamados actos de gobierno, como lo sabe cualquiera que tenga nociones básicas de teoría general de Derecho.

Así, pues, el contralor ha de ejercerse sobre todos los actos administrativos, desde que no puede el intérprete distinguir donde la ley no lo hace. En efecto, el artículo 309 da claramente una noción material del acto administrativo que alcanza a todo acto jurídico emanado de cualquier órgano del Estado, lo que quiere decir que se concibe al acto administrativo en su sentido material, que implique la puesta en acto de la función administrativa, ya se trate de un acto regla, de un acto condición, o de un acto subjetivo. Esta comprensiva concepción del acto administrativo involucra tanto a los actos de administración como a los actos de gobierno, hechos unos y otros de una misma sustancia jurídica, difiriendo entre sí solamente por el grado de discrecionalidad en cuanto al mérito por el grado de libertad para apreciar las razones de conveniencia que se reconocen al gobernante habilitado para adoptar actos de gobierno. Es muy corta, por lo demás, la lista de los tales actos de gobierno.

Los autores citan, en general, el acto de designación de Embajadores, el acto por el cual en algunos países el titu-

lar del Ejecutivo puede decretar el estado de sitio, sin perjuicio de su eventual revisión ulterior por el Parlamento, el recurso de las medidas de seguridad, etcétera. Nos parece de la más absoluta evidencia que tales actos, que son todos actos administrativos, están, por lo mismo, sometidos a la competencia de anulación reconocida al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

¿Quién puede afirmar que se vive en el estado de derecho que la Constitución ha querido establecer según ha sido proclamado "urbi et orbi" si, por ejemplo, se priva a una persona de su libertad por la vía de una medida pronta de seguridad, pero ella no es comunicada a la Asamblea, o no es comunicada dentro del plazo de 24 horas, o no es comunicada con expresión de sus motivos, o la detención se consuma en local destinado a la reclusión de delincuentes, o no se ofrece al detenido la opción de salir del país? ¿Quién puede decir que se cumple con el sistema constitucional si se designa como Ministro a quien no es ciudadano o cuenta veinte años de edad o tiene suspendida la ciudadanía? ¿Quién puede pretender que la decisión del Presidente de la República de abandonar el territorio nacional por más de 48 horas sin autorización del Senado está fuera de control de legalidad?

Los actos de Gobierno son actos administrativos que, por su especialidad, se estima que requieren la atribución de un amplio poder de apreciación, de conveniencia, de ponderación, de oportunidad y en favor de la autoridad competente.

Pero en manera alguna constituye modo de actuación al margen del Derecho. Por el contrario, lo civilizado es que a esa concesión de un margen más amplio de apreciación, de oportunidad o de conveniencia se acompañe la imposición de formas muy precisas, a las cuales se deba ajustar la preparación y emisión del acto. Y es ahí, en el incumplimiento o en el torcido cumplimiento de esas formas, que se revela la conducta antijurídica del poder público, a veces con una tremenda capacidad docente. Resulta simplemente absurdo que el incumplimiento de caminos puramente formales, en actos ordinarios de la administración, que en muchos casos resultan insuficientes para causar una lesión profunda e irreparable de un derecho subjetivo, autorice la anulación del acto del Tribunal, mientras que el incumplimiento, a veces ostentoso, de los límites formales impuestos a la realización de ciertos de los llamados actos de gobierno que pueden importar la lesión masiva de derechos fundamentales, escape porque, simplemente, se les ha otorgado ese antiguo rótulo a todo control de regularidad jurídica".

ccs.4
D/103

25 x

Hasta aquí, señor Presidente, lo que es la cita del doctor Justino Jiménez de Aréchaga. Agradezco la benevolencia de esta Comisión por permitirme hacer esta lectura, pues a mi entender la autoridad jurídica del doctor Jiménez de Aréchaga justificaba señalar prácticamente el mismo punto de vista con mucho mayor claridad y elocuencia que quien habla.

Por último, me resta sólo agregar que me preocupa la solución de este aspecto, porque pienso que establecer la irrecurribilidad de alguna categoría, vaga o no --en este caso muy vaga--, de actos jurídicos del Estado implica un tremendo peligro y riesgo, tanto como decir que para ciertos actos jurídicos la autoridad gubernativa está al margen y por encima del Derecho, ya que no puede ser controlado ni regulado absolutamente por nadie. Como tengo la absoluta convicción de que ninguno de los señores Senadores puede compartir esa conclusión, me permitiría alertar sobre las consecuencias que pueda tener el que prospere una tesis de este tipo.

Era cuanto quería manifestar.

SEÑOR FA ROBAINA.- ¿Me permite señor Presidente?

En una reunión anterior, había adelantado mi posición, desde el punto de vista formal, en cuanto a la viabilidad del recurso. Ese es el punto que estamos considerando en la etapa previa y sin haber entrado aún en el tema de fondo, es decir, de la causal invocada para la remoción del legislador.

En principio, había llegado a la conclusión --que ahora he revisado-- de que el acto era irrecurible. Revisando los textos, releyendo algunas de las citas y, fundamentalmente, habiendo tomado contacto con ese punto de vista que expone con la claridad que le es característica el doctor Justino Jiménez de Aréchaga --que no conocía y al que ha dado lectura recientemente el señor Senador Alonso--, he arribado a la conclusión --lo que digo sin ninguna violencia-- de que mi punto de vista inicialmente manifestado no era el que correspondía; no me parece que fuere el correcto a la luz del juicio manifestado por el doctor Jiménez de Aréchaga.

En consecuencia, es válida para mí la conclusión a la que arriba el doctor Correa Freitas en su trabajo, cuando dice que, en definitiva y conforme a lo dispuesto por el artículo 309 de la Constitución, el Tribunal de lo Contencioso

25 x

Administrativo es competente para conocer de una demanda de nulidad de un acto de remoción de un legislador. Siendo un acto administrativo discrecional, el Tribunal deberá apreciar la ilegalidad del acto en cuestión, competencia del órgano, quórum para la resolución, causal invocada, pero sin entrar a considerar las razones de oportunidad o de conveniencia que tuvo la Cámara para adoptar la decisión impugnada.

De manera qué, conforme a lo que resulta del nuevo texto del artículo 309 de la Constitución y a los comentarios anteriores que me habían inducido a sostener la irrecurribilidad, mi conclusión se fundaba, principalmente, en argumentaciones que hacía el doctor Jiménez de Aréchaga, pero referidas al texto anterior de la Constitución.

Cuando este eminente jurista considera el artículo 309 con su nueva redacción, esto es, después de la reforma de 1966, parece clara la conclusión a la que hay que llegar, y a la que ahora me afilio.

Desde el punto de vista formal de la recurribilidad del acto cumplido por el Senado, voy a decir, entre paréntesis, que no considero que se un acto de gobierno, sino de carácter administrativo, pero con el distingo que establece el propio doctor Justino Jiménez de Aréchaga.

De acuerdo a su afirmación --que sigue siendo válida-- se trata de un acto administrativo especialísimo, pero como tal está sometido a lo que determinan los artículos 309 y 317 de la Constitución. En una palabra, es recurrible ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Por supuesto que no es este el momento de entrar a considerar el tema de fondo, es decir, la aplicabilidad o no, al caso recurrente, de la causal expresamente prevista, la que, por otra parte es nueva ya que fue introducida en la reforma a que hacíamos alusión.

A cuenta de mayor abundamiento, desde ya adelanto que a mi juicio, en el caso del ex-Senador Araújo, el acto cumplido por el Senado fue absolutamente válido.

Nada más.

SEÑOR AGUIRRE.- ¿Me permite señor Presidente?

En la sesión anterior ya estuvimos discutiendo el recurso

interpuesto por el ex-Senador Araújo respecto al acto de remoción que, con relación a su persona, emitió el Senado el día 23 de diciembre próximo pasado.

En realidad, el tema de fondo no es otro que la regularidad del acto jurídico emitido en esa ocasión por el Senado, el que ha sido impugnado por el recurrente imputándole diversos vicios en su regularidad jurídica o causales de ilegalidad en el sentido amplio. Lo cierto es que, no sólo en virtud del informe que ha emitido --y que figura adjunto a los antecedentes de este asunto-- el Director de los Servicios Jurídicos del Palacio Legislativo, el doctor Mieres Muró, sino en razón de ciertas afirmaciones hechas en Comisión, nos habíamos abocado a este punto que debe considerarse de previo y especial pronunciamiento. Como el compañero de Comisión que más objeciones había hecho a ese respecto o que las había realizado con carácter más general, llegando a negar la recurribilidad del acto del Senado como administrativo, lo era el señor Senador Fá Robaina --quien termina de rectificarse en esa opinión--, creo que este punto va a dejar de ser materia de discusión por cuanto no se habían vertido en ella otras opiniones que sostuvieran o que determinaran la irrecurribilidad en vía administrativa de este acto de remoción.

Por consiguiente, voy a hacer gracia al Cuerpo de la reiteración de las razones que expuse, en la sesión anterior, fundando la recurribilidad del acto, a través de la lectura del dictamen del señor Director de la Oficina del Servicio Civil y profesor adscripto de Derecho Constitucional, doctor Correa Freitas y de la referencia al artículo 318 de la Constitución que, en mi opinión -dado su tenor literal y su sentido absolutamente claro- consagra, precisamente, la recurribilidad irrestricta, sin excepción alguna, de todos los actos administrativos. Inclusive, para el caso de que se considerara que éste no es un acto administrativo o que no es recurrible, determina que el Senado deba abocarse a resolver el planteo del ex-Senador Araújo, porque entonces se trataría de una petición comprendida en los términos clarísimos, imperativos, del artículo 318 de la Constitución.

Pero tanto en esta Comisión como en el dictamen del doctor Mieres Muró se ha hecho caudal de la supuesta calidad de acto de gobierno que tendría esta decisión del Senado, dictada al amparo del artículo 115 de la Carta, en cuyo mérito se sostiene que el acto sería inimpugnable por vía jurisdiccional ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

25x

Me acotaba hace un rato, soto voce, el señor Senador Ortiz --y creo que lo dije en la sesión anterior-- que es muy claro que este no es un problema que deba determinar este Cuerpo; es decir, si el acto es inmune al contralor jurisdiccional --que es el efecto tradicional de la teoría del acto de gobierno-- no es el Senado ni su Comisión de Constitución y Legislación los que deban decirle al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que no puede abocarse al estudio y eventual anulación o confirmación de este acto, porque el mismo es de gobierno. Y si se trata de un problema relativo al contralor jurisdiccional, es el órgano constitucionalmente competente para ejercer ese contralor el que debe decir si el acto está comprendido dentro de las potestades que le asigna la Constitución o si no es así.

Desde el punto de vista lógico, esto es clarísimo. Por lo tanto, deberíamos clausurar aquí también la discusión y pasar, simplemente, a dilucidar si el Senado ha dictado un acto arreglado a derecho --y por consiguiente el mismo debe ser confirmado-- o si, por el contrario, hemos dictado un acto que ofrece fisuras en su legalidad, que es susceptible de la impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por la ilegalidad de su contenido o por cualquier otro vicio de esa naturaleza y, por ende, deberíamos sostener que el acto tiene que ser anulado.

No obstante ello --aunque esto es muy claro desde el punto de vista conceptual, esto es, que la determinación de si el acto es o no de gobierno y, en caso de darse una respuesta afirmativa, si por ello es o no susceptible de contralor jurisdiccional, es resorte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo-- considero que la discusión sobre este punto se va a producir inevitablemente en el ámbito del Senado, porque el tema tiene implicancias políticas y porque ya se ha emitido opinión a este respecto. Por consiguiente, va a resultar poco menos que imposible impedir que se debata este aspecto del tema, aunque ello sea formalmente improcedente.

Además --como se ha dicho aquí respecto del problema de fondo, de la legalidad o ilegalidad del acto-- esta invocación de la teoría del acto de gobierno para negarle competencia al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, también es un problema que tendrá que dilucidar el mencionado Tribunal. Por lo tanto, si es políticamente importante --como lo hemos sostenido-- que el Senado no eluda el pronunciamiento sobre el recurso y que respalde lo actuado anteriormente

jac.1
D/103

25x

--con lo cual va a ofrecer al Tribunal valiosos elementos de juicio-- también es importante que el Cuerpo fije posición acerca de la teoría del acto de gobierno y su eventual aplicabilidad al ejercicio de la competencia que le asigna el artículo 115 de la Constitución, porque ello también aportará un elemento útil para el pronunciamiento que al respecto va a tener que emitir, sin duda alguna, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Sobre este punto, hago mías todas y cada una de las manifestaciones del señor Senador Alonso, todas y cada una de las referencias doctrinarias que ha hecho y fundamentalmente, su alusión al terminante pronunciamiento del doctor Justino Jiménez de Aréchaga, formulado en 1976 en un trabajo cuyos originales tengo en mi poder por una razón circunstancial y que vio la luz en la revista "Judicatura" en el mencionado año.

Pero además de lo que ha sostenido con toda su autoridad y su habitual claridad conceptual y expositiva el doctor Jiménez de Aréchaga, otras altas autoridades de la doctrina nacional se han expresado al respecto de manera terminante y creo que clarifican total y definitivamente el problema, a pesar de existir opiniones en contrario.

Desde el punto de vista conceptual, en cuanto a qué es jurídicamente, en la Teoría General del Derecho y en la Teoría del Derecho Administrativo, un acto de gobierno, creo que para ilustrar el tema, para clarificar los conceptos, es insuperable lo que expresa el doctor Enrique Sayagués Laso en las páginas 308 y siguientes del Tomo I de su Tratado de Derecho Administrativo. No obstante reconocer que el doctor Sayagués Laso admitía que de los antecedentes de la Constitución de 1952 podía sostenerse, en el Derecho uruguayo, la aplicabilidad de la teoría del acto de gobierno como un límite a la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo --si bien no se expresa de manera terminante en ese sentido-- es absolutamente claro al descalificar el fundamento jurídico conceptual de la teoría del acto de gobierno, en términos que me voy a permitir reproducir brevemente. En la página 398 del Tomo I de su Tratado expresaba: "Otra distinción que suele hacerse, aunque sumamente combatida, es la que separa los actos de gobierno y de administración. Muy desarrollada en Francia durante cierta época, se extendió en el derecho extranjero. Por esa circunstancia, conviene estudiar brevemente las soluciones del derecho comparado.

25x

En el derecho francés la distinción encuentra base legal en el artículo 26 de la ley de 24 de mayo de 1872, según el cual ciertos actos no serían susceptibles de recursos ante el Consejo de Estado, ni podrían motivar una reclamación de perjuicios.

El distingo, afirmado sin vacilaciones por la jurisprudencia y admitido por algunos autores, ha sido criticado acerbamente por la doctrina, que le niega fundamento jurídico e incluso afirma su inutilidad, ya que por la vía de la discrecionalidad administrativa puede llegarse a soluciones análogas, restrictivas del contralor judicial, que comtemplen razonablemente las legítimas necesidades de la administración. Pero la crítica ha sido infructuosa en cuanto a lograr el abandono de la distinción. No obstante, ha tenido como resultado restringir cada vez más el concepto de acto de gobierno.

El criterio para determinar cuáles son los actos de gobierno ha evolucionado mucho en el derecho francés. En un primer momento se tomó en cuenta el móvil que había inspirado el acto: cualquier acto era considerado de gobierno si había sido dictado por razones políticas. Ese criterio, indudablemente anticientífico, fue abandonado por el Consejo de Estado en 1875, procurándose, sustituirlo por una noción relacionada con el objeto de los actos, es decir, estableciendo una diferencia de naturaleza entre las funciones de gobernar y de administrar. Pero ante la imposibilidad de hallar conceptos claros al respecto, se admitió un criterio empírico, conforme al cual se consideran actos de gobierno aquellos declarados tales por el Consejo de Estado.

En el momento actual la nómina de actos de gobierno es muy reducida: en el ámbito interior, los actos del Poder Ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento, el estado de sitio y ciertas medidas de carácter interno; en lo exterior los actos de carácter diplomático --tratados, su interpretación, instrucciones a los agentes diplomáticos, anexión de territorios, actos y hechos de guerra, etc.-- y más adelante, en la página 402, Sayagués Laso expresa lo siguiente: "El concepto de acto de gobierno conviene examinarlo primero en el plano estrictamente doctrinario.

Desde este punto de vista cabe observar, ante todo, que se incurre en falsa oposición al contraponer el acto de gobierno al acto administrativo. En efecto, ello supone introducir en las clasificaciones de los actos estatales basadas

en la forma y efectos de dichos actos, una distinción que toma en cuenta otro elemento distinto: su finalidad u objeto.

Los actos jurídicos estatales pueden clasificarse en constituyentes, legislativos, administrativos o jurisdiccionales, tanto desde el punto de vista formal como material, es decir, en razón de su forma o de sus efectos. Todos los actos jurídicos de las entidades estatales caben en una u otra de dichas cuatro categorías. Esto no excluye que dichos actos puedan clasificarse desde otros puntos de vista. Así, cabe distinguir los actos de gobierno de los que no lo son. Pero como esta clasificación es independiente de la anterior, resulta que los actos de gobierno pueden ser constituyentes, legislativos, administrativos y jurisdiccionales en sentido formal o material.

De lo expuesto se deduce que entre los actos administrativos pueden existir algunos que merezcan el calificativo de actos de gobierno. Pero esa circunstancia no excluye su calidad de actos administrativos, con todas las consecuencias" --véase bien, lo dice Sayagués Laso-- "que derivan en cuanto a la posibilidad de impugnarlos mediante recursos administrativos o jurisdiccionales, o de reclamar la reparación patrimonial si fuesen ilegales y lesionasen derechos subjetivos, conforme a las normas generales. Todo sin perjuicio de las restricciones que a texto expreso se hallaren establecidas", una de las cuales, o la única, acoto yo, es la que señalaba hace un rato el señor Senador Alonso con respecto a remociones de directores de Entes Autónomos, establecida a texto expreso por los artículos 197 y 198 de la Constitución.

Además, señor Presidente, no improvisamos opinión en esta materia. En un trabajo, en una nota sobre jurisprudencia publicada en el año 1970, en la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo 69, criticamos una sentencia del Tribunal que descartaba la infalibilidad de un acto del Poder Ejecutivo por el que se había clausurado un órgano de prensa, haciendo caudal para ello de la teoría de actos de gobierno, la cual se fundaba en una aseveración que reconocía como antecedentes dos argumentos que, decíamos nosotros, entonces, distan de ser novedosos.

Comienzo, parcialmente, la lectura de esta breve nota de jurisprudencia, con la que definía mi posición en el tema, reitero, en 1970. Los argumentos que esgrimía el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en aquella época, y que

25x

yo calificaba de poco novedosos, eran los siguientes: "1º) Que de los antecedentes parlamentarios de la reforma constitucional de 1951 surge con precisión el alcance restricto que se le quiso dar al artículo 309; 2º) Que la distinción entre acto de administración y acto de gobierno ha sido recogida a texto expreso, además, por el artículo 147 de la Constitución.

Vayamos por partes." Decíamos entonces: "El primer argumento nos resulta inválido. Es conocida la posición de Aréchaga, compartida por la doctrina nacional, en cuanto a no reconocer valor a antecedentes registrados durante la labor de la Asamblea que prepara el texto a plebiscitarse, cuando contradicen el tenor literal inequívoco de los preceptos constitucionales a interpretar."

En aquel entonces realicé la transcripción de un trabajo del doctor Justino Jiménez de Aréchaga sobre la naturaleza jurídica del Banco de Previsión Social y el régimen presupuestal que le es aplicable. Dicha transcripción fue también publicada en la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, en su Tomo 68. Por razones de brevedad y para no cansar al Cuerpo, voy a omitir esta lectura. Tengo una posición doctrinaria que es unánime, y que es también sustentada por el Profesor Korzeniak en su curso de Derecho Constitucional; esto es, que los antecedentes aplicados a través de la discusión parlamentaria no tienen valor para interpretar el texto constitucional, porque el Constituyente no lo es la Asamblea parlamentaria que discute y prepara el texto, sino que lo es el cuerpo electoral que es quien sanciona y da fuerza de norma jurídica.

Más adelante, decía yo: "La sentencia que comentamos, además, pretende fundar la existencia del acto de gobierno, en el plano doctrinal, en la distinción entre función administrativa y función de gobierno. Es cierto que un sector cada vez más minoritario de la doctrina se mantiene en tal posición.

Pero no lo es menos que la gran mayoría de los especialistas ha demostrado la falsedad del distingo. Especialmente en Francia, el país donde circunstancias políticas particulares determinaron el nacimiento y el desarrollo de la teoría del acto de gobierno, hace ya varias décadas que distintos autores (Dues, Jéze, Barthélemy, Duguit, Bonnard, Waline, Vedel) han demostrado que esta distinción no se apoya en nin-

gún criterio jurídico admisible, eliminando así el último reducto de pretendida justificación teorica al hecho --que no otra cosa es-- de que tales actos resulten inmunes al control jurisdiccional. Esta demostración, por otra parte, también se ha hecho, y con brillo, en la doctrina nacional."

Me remitía entonces a un trabajo de Julio Agustín Prat al que de inmediato voy a hacer moción.

"Resulta evidente, en nuestra opinión, que, si se quiere reconocer a la mal llamada función de gobierno, calidad de tal, debe encuadrársela en el concepto de función jurídica del Estado. Es sabido que estas funciones --constituyente, legislativa, administrativa, jurisdiccional-- pueden identificarse, según el criterio que se adopte, desde un punto de vista formal, material u orgánico.

Pues bien. Si analizamos, con cualquiera de esos criterios, los actos dictados en ejercicio de la pretendida función de gobierno, vemos que éstos resultan, invariablemente, ejercicio de otra función. Tanto atendiendo al criterio formal como al orgánico, individualizamos a la función administrativa.

Con el criterio material, por lo general --no en el caso que ha motivado esta sentencia del Tribunal-- la supuesta función de gobierno se identifica con la función legislativa.

La mejor demostración de lo que afirmamos está en el propio párrafo del Informe de la Comisión de los Veinticinco que cita la sentencia, cuando habla de 'actos que provienen de una autoridad que tiene, al mismo tiempo, funciones de administración y de gobierno, cuando el acto está dominado o impuesto por las necesidades del gobierno'.

En efecto.

Si para saber a qué función pertenece un acto hay que averiguar por qué 'necesidades' 'está dominado o impuesto'

ello equivale a confesar la imposibilidad de fundar la distinción a través del análisis de la naturaleza jurídica de los actos y a apelar a la finalidad de los mismos como único expediente apto para delimitar los campos de la clasificación.

De esto a retroceder a la vetusta teoría del móvil político --inspirada en la 'razón de Estado'-- desechada hace ya un siglo por anticientífica no media siquiera un paso".

Terminaba agregando otros argumentos que hacen a lo que sostenía el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en aquella oportunidad, pero reitero que no quiero cansar al Cuerpo con la explicitación del problema doctrinario, que en mi concepto y en el de autoridades mucho más elevadas, por supuesto que la mía, es absolutamente claro.

Para terminar, señor Presidente, he hecho referencia a un trabajo sobre el tema, en realidad la única monografía que existe sobre el acto de gobierno en la doctrina uruguaya, que fue escrito por un administrativista conocido, que hoy cumple funciones en la Oficina de Servicio Civil, en la Comisión que estudia las reclamaciones de los destituidos, doctor Julio Agustín Prat, que para la Revista de la Facultad de Derecho escribió el primer trabajo de fondo que existe sobre este tema en el país.

En el Capítulo "Conclusiones" de este trabajo titulado "Contribución al estudio del acto de gobierno", decía: "Hechas estas precisiones corresponde analizar la teoría del acto de gobierno; es decir, en otros términos, qué utilidad puede prestarnos el empleo de este concepto.

Se ha dicho que esta denominación es útil en cuanto señala un conjunto limitado de actos, en su mayoría legislativos y/o administrativos, de contenido netamente político que atienden a la salvaguardia de los supremos intereses nacionales, y que ella se asegura prácticamente, por ser de principio, por actos incontrolables por los tribunales ordinarios y/o administrativos.

También se ha dicho que es evidente que este conjunto de actos, denominados genéricamente de gobierno retrograda en número acusando una tendencia restrictiva significativamente perceptible en la lista empírica de los actos de gobierno elaborada por la doctrina francesa.

Si así se concibe la utilidad del acto de gobierno, debemos confesar que es de una lamentable pobreza técnica, además de reconocer su absoluta falta de necesidad. "Estamos" --decía el doctor Prat en 1958-- "contra el acto de gobierno y su aureola de inmunidad jurisdiccional por entender que no corresponde una tal afirmación a la ideología jurídica de nuestro tiempo. Sin necesidad de acudir a ella, las consecuencias que necesariamente implica, se explican por otros principios del derecho público moderno, ya por la obligada coordinación que debe existir siempre en todo orden jurídico armónicamente trazado entre los diferentes poderes del Estado, ya por el libre juego de las normas jurídicas, fundamentalmente por las disposiciones constitucionales sobre convocatorias a elecciones, conducción de las relaciones exteriores, etc. Tampoco necesitarían recurrir a la teoría del acto de gobierno las medidas de guerra y las relativas a la seguridad interna, pudiéndose acudir a modernas teorías como la de las circunstancias excepcionales que no resienten para nada los contralores de juridicidad una vez que estas circunstancias cesan de producir sus efectos. Aún más, a texto expreso, los mismos órdenes jurídicos admiten ciertas fisuras, bajo determinadas circunstancias como el caso de las medidas prontas de seguridad, previstas en nuestra Constitución. Si el propio orden jurídico se autojustifica ¿para qué acudir a complementar la fundamentación técnica de la medida con una teoría vetusta y caduca?

Lo más grave es que la vetustez de la teoría del acto de gobierno surge evidente si nos atenemos a los verdaderos orígenes de su elaboración". Creo que es muy importante lo que viene a continuación afirmado entonces hace ya casi

25 x 1

30 años por el doctor Prat. "Obedece despojándonos de toda hipocresía, exclusivamente a la debilidad del juez administrativo, experimentada hace más de cien años ante un ejecutivo fuerte, en otro país del planeta y que valió, en esa oportunidad, como concesión para asegurarse el cumplimiento de sus fallos en un determinado sector de actos administrativos abandonando otro sector de actos a la incontrolabilidad jurisdiccional; lo que equivale a decir que este segundo sector de actos se entregó a la arbitrariedad de la autoridad. Cabe preguntarse si esa concesión, ese do ut des realizado en una ya lejana época, bajo determinadas condiciones históricas para un determinado medio social que importa la consagración de principio de la inmunidad jurisdiccional de ciertos actos administrativos, puede tener validez en 1958". Hoy estamos en 1987. "No podemos negar que esta inmunidad repugna al derecho público moderno y merece ser rechazada in limine en forma terminante. Las consecuencias que consagra son tan arcaicas, que por esta sola razón se hacen inaceptables.

El acto de gobierno no es otra cosa que una de esas soluciones descastadas del derecho, justificadas hace un siglo, en este caso, por la razón de Estado, pero que para el presente no tiene posibilidad ninguna de adquirir carta de ciudadanía en los diferentes órdenes jurídicos inspirados en la ideología de Occidente.

Esto no significa negar que muchas actividades escapen a la regulación normativa, ofreciendo a los órganos llamados a decidir un margen de discrecionalidad, a menudo amplio y muchas veces tan amplio que los actos devienen incontrolables por el juez. Es cierto también que muchos actos administrativos comúnmente calificados de gobierno, por su propia naturaleza no provocan responsabilidad patrimonial o no son susceptibles del recurso contencioso administrativo por el juego de principios generales. Se trata en la generalidad de los casos de actos eminentemente discrecionales que no afectan derechos subjetivos, eludiendo así el contralor contencioso administrativo. Pero a nuestro entender esto no es justificativo para afirmar la inmunidad jurisdiccional de ciertos actos como principio de base. Del punto de vista del derecho estricto, nada obsta a que si el acto administrativo, pretendidamente de gobierno, llena los presupuestos para ser impugnado ante el Tribunal de lo Contencioso según nuestras normas jurídicas, que se impugne y en

25×

caso de ilegalidad, que se anule como cualquier acto administrativo.

Puede argüirse que la expresión acto de gobierno se ha recibido en el texto constitucional, y que se ha dejado sentado en acta, cuando la reforma constitucional de 1951, que los actos de gobierno estaban exonerados del contralor jurisdiccional de legalidad. Estos argumentos, algunos han entendido, son suficientes para recoger en nuestro orden jurídico la teoría en examen y en consecuencia la inmunidad jurisdiccional de principio, de esta categoría de actos.

Entendemos que estos argumentos no pueden aceptarse. En las limitadas referencias de nuestro derecho positivo, creemos haber demostrado que las expresiones constitucionales y legales carecen de precisión técnica y se inspiran en doctrinas que no son de recibo desde hace un largo rato. Además la recepción de la expresión en el texto constitucional se hace para oponerla a actos de administración para significar el alcance general de la norma donde la expresión se inscribe. La argumentación de la expresa aclaración en actas de que estos actos no se comprendían en el artículo 309 de la Constitución vigente, contradice la clarísima generalidad del texto constitucional, sin perjuicio de plantear el valor jurídico de la aclaración, a nuestro juicio totalmente negativo.

En consecuencia, por las expresiones ambiguas en textos con contenido técnico impreciso y por la generalidad generosa con que se abre el contencioso de legalidad en nuestro derecho positivo, entendemos que nada permite al Tribunal de lo Contencioso Administrativo a declararse incompetente cuando se impugna un acto administrativo de los que comúnmente se denominan de gobierno y nada impide también que si se dan, en la impugnación, los presupuestos exigidos por el derecho positivo para que el Tribunal lo conozca, que dicho acto se anule en la vía jurisdiccional.

Por eso repetimos con Duez, que "todo régimen que ambiciona realizar el Estado de Derecho debe eliminar de sus instituciones este símbolo defectuoso que se denomina acto de gobierno. El acto no susceptible por naturaleza, de todo recurso contencioso, es inadmisible en nuestros días en un Estado que se empeña en permanecer políticamente liberal frente a totalitarismos foráneos, repudiando así la supervivencia de 'la razón de estado'".

tpe.3

25x

Señor Presidente: podría agregar referencias de trabajos del ex Decano de la Facultad de Derecho, el ya fallecido profesor Alberto Ramón Real y distintos trabajos publicados por el actual titular de la Cátedra, el profesor Cassinelli Muñoz, en la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración". Sin embargo, creo que sería ocioso luego de los desarrollos de absoluta claridad conceptual que he leído en Sala, formulados por los profesores Justino Jiménez de Aréchaga, Sayagués Laso y Julio Agustín Prat. Naturalmente, admito que en éste como en tantos otros problemas jurídicos, pueden haber dos bibliotecas; hay una jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que, en forma totalmente errónea en mi concepto, ha admitido a lo largo de los años --no por el actual Tribunal, que no se ha pronunciado al respecto-- la teoría del acto de gobierno y su consecuencia tradicional, esto es, la inmunidad de contralor jurisdiccional de ciertos actos.

He querido hacer este desarrollo aun ocupando quizás en exceso el tiempo de esta Comisión, porque creo que estos son antecedentes interesantes, incluso para su estudio --no porque no puedan reiterarse en el Cuerpo-- anticipado por los integrantes del Senado.

Quiero agregar algo más que dije en la última sesión, para que conste en la versión taquigráfica.

Creo que el Senado no se haría ningún favor si estableciera contra el texto absolutamente amplio y terminante del actual artículo 309 de la Constitución, que ciertos actos administrativos del Poder Legislativo no son susceptibles de contralor jurisdiccional.

Entiendo que el constituyente del año 66 hizo bien en ampliar el marco de efectividad del estado de derecho sometiendo a contralor jurisdiccional y, en concreto, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, toda la actividad administrativa del Poder Legislativo. Creo que no hay brechas en ese contralor de legalidad; que no hay actos que por su especialidad o por sus particulares efectos puedan ser calificados como actos de gobierno y ser inmunes al contralor jurisdiccional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Creo que si los hay entre los actos que puede dictar el Senado, la Cámara de Representantes o la Asamblea General, es por otras razones, es porque no lesio-

nan derechos subjetivos, es por su generalidad, es por otras causas de inimpugnabilidad de determinados actos administrativos, pero no es porque no sean actos administrativos ni mucho menos es porque no sean actos de gobierno.

Creo, además, que si algún día el Tribunal de lo Contencioso Administrativo dice que un acto administrativo del Poder Legislativo es inimpugnable, puede hacerlo porque ello está dentro de sus facultades, pero jamás debe adelantarse el Senado de la República, la Cámara de Representantes o la Asamblea General, a reclamar de dicho Tribunal una suerte de inmunidad a determinados actos suyos. Pienso que el Poder Legislativo debe estar al frente, en la vanguardia de la defensa del Estado de Derecho; y no debe temer que sus actos sean controlados por ningún órgano jurisdiccional, como no teme que sus leyes sean sometidas al contralor de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia. Si no teme esto, ¿por qué debe temer que un típico acto administrativo, como es el de la destitución de un Senador --porque la remoción no es sino un acto de destitución-- sea controlado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo? ¿Por qué tiene que esgrimir la bandera de la teoría del acto de gobierno que, como decía el doctor Prat, es vetusta y anticientífica, para ver si el Tribunal entra por ese sendero, y dice que no juzga la legalidad de dicho acto y se inhibe?

No; tenemos que tratar que nadie crea que estamos procurando impedir el control o el juzgamiento de la legalidad de este acto esgrimiendo esa teoría del acto de gobierno. Yo, que estoy convencido de la regularidad jurídica del acto, digo que debemos pronunciarnos, que es un acto administrativo, que es recurrible, que es impugnable ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que lo debemos confirmar porque es un acto arreglado a derecho, ya que estaban configuradas las causas previstas por el artículo 115 de la Constitución de la República, y que tengo fe, además, de que en lugar de inhibirse, dicho Tribunal se va a abocar a controlar o a juzgar la juridicidad del acto y que lo va a confirmar. Si no lo confirma, si lo anula, eso no me va a molestar porque, como integrante del Senado de la República, formo parte de un Cuerpo que, como todos los órganos del Estado, integra un Estado de Derecho y está sometido, ante todo, al principio de legalidad. Si mañana el Tribunal de lo Contencioso Administrativo dice que la resolución

del Senado es un acto ilegal, pues bien, el acto será eliminado y el señor Senador Araújo volverá a sentarse entre nosotros. Y admitiremos la sentencia --o no lo haremos, porque también una sentencia puede ser equivocada-- y la acataremos, porque esa es la competencia constitucional de dicho Tribunal.

Reitero que no creo que eso sea lo que vaya a ocurrir, porque tengo la convicción de que dictamos un acto arreglado a derecho, pero creo que no le haríamos ningún bien al Senado y al Parlamento si intentáramos, previamente, cerrar la puerta a la actuación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Es lo que quería manifestar, y solicito excusas al Cuerpo por haberme extendido en exceso.

SEÑOR PRESIDENTE.- Antes de dar la palabra a los señores Senadores Rondán y Ricaldoni, haré algunas precisiones, ya que, en mi carácter de Presidente de la Comisión, me considero autorizado a ello.

Tenemos que considerar un recurso de revocación y no otra cosa; y no depende en absoluto de nosotros que el Tribunal se considere competente o no, ni depende de nuestro pronunciamiento el hecho de que el señor Araújo se presente ante dicho Tribunal.

Alguien sostuvo que, tratándose de actos de Gobierno, éstos no eran actos judiciables; pero se ha demostrado que esa es una resolución que tomará el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su oportunidad. Es decir: el señor Araújo se presentará en la baranda y no le será rechazado su escrito que seguirá todo un trámite judicial; y cuando llegue al Tribunal, éste dirá si es competente --en cuyo caso fallará a favor o en contra-- o no lo es, por tratarse de un acto de Gobierno, y rechazará el recurso. Pero el pronunciamiento del Senado no tiene nada que ver, ni influye en lo más mínimo.

El señor Senador Aguirre parece pensar que el pronunciamiento del Senado tendrá una influencia sobre la posterior decisión del Tribunal. Yo creo que no, que éste se guiará por su leal saber y entender y no por lo que haya dicho el Senado.

tpe.6

25x

Digo esto porque creo que si se considera conveniente que el Senado emita opiniones en su Plenario sobre la recurribilidad o no de este acto, allá él; pero eso implicaría repetir en el Senado lo que se diga aquí.

En este momento, para nosotros este es un punto puramente académico. Lo que tenemos que resolver y aconsejar al Senado es si estamos a favor de la revocación o no, que es lo que pide el señor Araújo. Y nada más. De manera que estar elevándonos a las altas esferas jurídicas será una cosa muy útil e interesante, pero no tiene relevancia alguna en cuanto al pronunciamiento del Senado.

Si nosotros vamos al Senado y decimos que la Comisión entiende que el acto no es recurrible, los demás señores Senadores podrán acotar que ésta es una opinión valiosísima, pero que porque no sea recurrible ellos no tendrán que dejar de pronunciarse sobre el recurso de revocación.

Porque entendamos que no es recurrible, ¿vamos a pensar que el Senado no debe decir nada, y que debe quedarse callado, ignorándolo? No; nosotros tenemos que pronunciarnos sobre dicho recurso de revocación.

Entonces, me permito exhortar a la Comisión a que nos concretemos al tema y que lo demás lo dejemos para la Sala de Sesiones. Aquí nadie va a convencer a nadie y, en definitiva, si en la tarde de hoy la Comisión adoptara resolución, diciendo por mayoría o unanimidad que este acto no es recurrible, ¿nos vamos a dar por satisfechos?

Yo digo que no. Por eso insisto en que tenemos que pronunciarnos concretamente sobre la revocación solicitada y nada más que sobre ella. Por supuesto, esó no impide que cada uno exponga su pensamiento con amplitud, aunque opino que sería más conveniente que esas exposiciones se hicieran en Sala y no en la Comisión, que debe concretarse a sacar este asunto lo más rápidamente posible.

SEÑOR ALONSO.- Coincido en algo de lo que ha señalado el señor Presidente, aunque en otros aspectos no.

Estoy de acuerdo en que no le corresponde al Senado definir si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es competente o no, ya que esto es algo que corresponde definir al propio Tribunal. Pero no creo que el tema sea tan académico ni tan relevante a los efectos del Senado, porque si se sostiene la tesis de la irrecurribilidad de la resolución del Senado, está mal interpuesto el recurso. Por consiguiente, por razones formales estaría legitimado el Senado para no considerarlo como recurso. En todo caso, habría que considerarlo como ejercicio del derecho de petición, tal como señalaba recién el señor Senador Aguirre.

En consecuencia, no creo que ésta sea una discusión ociosa, más allá de la trascendencia que tiene el tema. Insisto en que creo que estamos comentando una teoría que es peligrosa para el Estado de Derecho, pero señalo nuevamente que tampoco creo que estemos fuera de tema. Considero de previo y especial pronunciamiento que la Comisión, antes de ponerse a entender en lo que es el contenido de un recurso, reconozca si él es o no un recurso, si lo que se está tratando es la reconsideración de una decisión del Senado, que es recurrible o no, a la luz del texto constitucional.

SEÑOR RICALDONI.- Señor Presidente: coincido con las últimas palabras de su intervención.

Coincido con el señor Presidente en que, más allá de la importancia que puede tener para cualquier hombre de derecho el determinar si estamos en presencia de un acto recurrible ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo --como es el caso de la expulsión del señor Araújo del Cuerpo que integraba-- es necesario que esta Comisión adelante una o más opiniones al Plenario acerca de la aplicación del artículo 115 de la Constitución. Sea cual sea la opinión del Senado, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el dueño de la decisión en esta materia. Y el Parlamento, al igual que el resto de los habitantes de este país, estará obligado a respetar el pronunciamiento de ese Tribunal.

La Comisión ha deseado que esta sesión cuente con una versión taquigráfica y ello no fue algo casual. Se resolvió así en el entendido de que se podría suministrar a los demás miembros del Cuerpo, en la sesión correspondiente, un material más completo de examen si se contaba con una versión fidedigna de lo que cada uno de nosotros expresara en Comisión respecto al tema que tenemos a consideración.

25x

Por lo tanto, aun con las reservas expresadas por el señor Presidente, que comparto, no quiero eludir el pronunciamiento sobre el primer tema, es decir, el de la impugnabilidad de la decisión adoptada por el Senado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Comienzo por señalar que considero equivocadas algunas formas de enfocar el tema --unas expresadas por el señor Senador Aguirre y otras por el señor Senador Alonso-- tendientes a destacar que la defensa de la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, aparte de lo que podría resultar del análisis que ellos realizan desde el punto de vista técnico-jurídico, tiene también la ventaja de demostrar que este Cuerpo es un celoso defensor del Estado de Derecho, entendiéndose por ello franquear la vía del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

También se ha dicho que no hay que dar a entender --creo que fue el señor Senador Alonso-- ni siquiera en forma involuntaria, la existencia de una especie de temor a someter el pronunciamiento del Senado a un órgano ajeno a él.

Con respecto al primer punto, creo que no deja de presentarse una petición de principios en este razonamiento. Pienso que la defensa del Estado de Derecho que resulte de lo que resuelva el Senado, va a derivar de una interpretación adecuada del texto constitucional y no de una determinada posición en torno a este caso concreto. Es decir, se defiende el Estado de Derecho cuando se interpreta correctamente el ordenamiento jurídico. Si llegáramos todos a la conclusión --cosa que evidentemente no se va a producir-- de que el acto del Senado disponiendo la expulsión del señor Araújo, dentro del marco del artículo 115 de la Constitución, es un acto recurrible ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es obvio que al sostener eso se señala un punto de vista con relación al concepto de defensa del Estado de Derecho.

En cambio, si esta Comisión resolviera por unanimidad --lo que tampoco va a ser posible-- que este acto no es susceptible de impugnación o anulación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, también se estaría abogando por la defensa del Estado de Derecho porque estaríamos dando nuestra interpretación del ordenamiento jurídico aplicable en la especie.

tpe.9

25x

En cuanto a lo del temor que se ha expresado en Sala, no pienso que ésta sea una cuestión relevante porque frente a lo que para algunos podría ser una actitud temerosa del Parlamento en el sentido de que su acto sea juzgado en forma desfavorable por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se pueden anteponer, con la misma fuerza, argumentos originados por otro tipo de estados de ánimo, como el relacionado con el riesgo de la lesión del principio de separación de los poderes del Estado.

Considero que este no es un buen punto de partida para el análisis de la cuestión. Admito que este tema es difícil por cuanto no hay unanimidad en la doctrina uruguaya. Sin embargo, la ha habido hasta ahora, en los pronunciamientos vertidos por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para situaciones no iguales, en las que se trató de la existencia o no de actos de gobierno. Hasta el momento, el Tribunal se ha pronunciado en forma invariable con carácter afirmativo, sobre la irrecurribilidad de tales actos. Ese es un aspecto del asunto que admito es opinable desde el punto de vista doctrinario. Por un lado, hay un sector de la doctrina que piensa de determinada manera, y por otro, otro sector que lo hace en forma opuesta. No quiero establecer juicios comparativos; ambas opiniones son de igual jerarquía intelectual. Se ha citado el nombre de Sayagués Laso y de Giorgi --hay otros-- incluso la posición del doctor Justino Jiménez de Aréchaga no parece ser la misma en el artículo a que dio lectura el señor Senador Alonso que la que señalaba al comentar la Constitución de 1952.

De modo que a través de este camino podemos tener respaldo para nuestros puntos de vista, pero quiero rescatar la necesidad de hacer el esfuerzo personal, todos y cada uno de nosotros --como me consta lo estamos haciendo-- para tratar de agregar algo más a lo que se ha escrito. En rigor, hay que aceptar de antemano que prácticamente en ninguno de los casos en que la doctrina nacional ha tratado el tema del acto de gobierno o de su recurribilidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, jamás se planteó el problema de los actos dictados por el Parlamento más allá de su función estrictamente legislativa. Entonces, tenemos que saber que estamos construyendo a partir de una superficie plana en la que no existen antecedentes que nos signifiquen una apoyatura en nuestras tesis. Eso es absolutamente cierto desde el punto de vista de lo que se ha escrito en la doctrina nacional. Nadie se planteó el problema del tipo de actos, o de la natura

tv.1

25x

leza de los actos del Poder Legislativo. No voy a hacer ahora el recuento de las numerosas disposiciones que resultan de la Constitución, de las leyes y de los propios reglamentos de los órganos que componen el Poder Legislativo en el sentido de que, si prospera esta tesis de la recurribilidad de los actos del Poder Legislativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ello significaría la parálisis del Poder Legislativo como Poder del Estado.

Como ha señalado el señor Presidente, es probable que eso sea propio de la discusión en Sala y no de la tarea o debate en esta Comisión. Sin embargo, aun admitiendo que este tema es opinable, aun reconociendo algo por todos sabido --es decir, que el Derecho no es una ciencia exacta sino social y por ello no se puede demostrar por medio de A+B que algo está equivocado o es acertado-- quiero insistir en algo que señalé en la sesión anterior. Pienso que no hay doctrina, ni nacional ni extranjera, que valga frente al texto de la Constitución. Este, tiene disposiciones que demuestran claramente que para nuestros constituyentes --no sólo para el de 1967 sino también para los anteriores, desde la incorporación de la temática vinculada con la anulación de los actos de la Administración-- ya era conocida la distinción entre los actos recurribles ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y los que no lo eran. Eso figura en los propios antecedentes que rodearon la elaboración del texto constitucional de 1952. La Comisión que preparó el proyecto de reforma constitucional emite un informe en mayoría que toma partido decidido en cuanto a la distinción entre el acto administrativo y el acto de gobierno y, al mismo tiempo, establece la recurribilidad de los actos administrativos y la no recurribilidad de los actos de gobierno. Más allá de la no del todo completa perfección del texto constitucional, a mi juicio, eso está salpicando el articulado de la Carta en numerosas disposiciones.

Mientras escuchaba con atención las tan importantes exposiciones del señor Senador Alonso y del señor Senador Aguirre --con las que no coincido pero que respeto mucho por su responsabilidad y profundidad-- estaba repasando algunas disposiciones de la Constitución que ponen de manifiesto lo que acabo de señalar.

Si nosotros tomamos, por ejemplo, el título de la Sección XVI de la Constitución veremos que contiene las expresiones "Del Gobierno y de la Administración de los Departamentos". A continuación, el artículo 262 del Capítulo I establece también, la distinción entre el acto de administración y el acto de gobierno.

tv.2

25x

En la Sección VIII, en el artículo 147, se hace también la distinción entre acto de administración y el acto de gobierno. En este artículo se señala que, "Cualquiera de las Cámaras podrá juzgar la gestión de los Ministros de Estado, proponiendo que la Asamblea General, en sesión de ambas Cámaras, declare que se censuran sus actos de administración o de gobierno".

El artículo 160, que pertenece al Capítulo II de la Sección IX, dice: "El Consejo de Ministros se integrará con los titulares de los respectivos Ministerios o quienes hagan sus veces, y tendrá competencia privativa en todos los actos de gobierno y administración que planteen en su seno el Presidente de la República o sus Ministros en temas de sus respectivas carteras", etcétera.

Si combinamos lo que dice el artículo 197 con lo que establece el artículo 198, que en su última parte dice: "Las destituciones y remociones previstas en este artículo y en el anterior, no darán derecho a recurso alguno ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo", se podría sostener, con un criterio "pie de letrista" que lo que no fuera destituciones ni remociones pero que se encuentren incluidos también, en las hipótesis del artículo 197 --observaciones a los Directores de los Entes o suspensiones de los actos observados-- a contrario sensu tendrían que ser recurribles ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

SEÑOR PRESIDENTE (Dr. Aguirre).- Hace unos instantes el señor Alonso me llamaba la atención, creo que para solicitarle una interrupción. Pero antes de que usted se la otorgue, deseo pedirle me aclare una inquietud. No entendí bien su último argumento. No veo por qué del hecho de que el artículo 198 de la Constitución diga que determinadas destituciones y remociones de Directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados no dan derecho a recurso alguno ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pueda deducirse --que no es así-- que los demás actos previstos en este artículo son recurribles. A mi modo de ver, los demás actos previstos en este artículo son recurribles porque son actos administrativos. Y si son actos administrativos, de acuerdo al artículo 309, no son recurribles. Es decir, que aquí hay una excepción a un típico acto administrativo que es la destitución de un Director de Ente Autónomo, hecha por el Poder Ejecutivo, con la venia del Senado de la República, de la misma manera que es un acto administrativo, el nombramiento de un Director

25 x

de un Ente Autónomo también con la venia del Senado de la República. Ahora, lo que no entiendo, es por qué el señor Senador Ricaldoni vincula este argumento con el problema del acto de gobierno y del acto de administración, porque aquí no se habla de ninguna de las dos cosas.

SEÑOR RICALDONI.- Antes que nada le pido excusas al señor Senador Alonso por no haber advertido su deseo de hacer uso de la palabra.

Hace unos momentos señalaba que, en el artículo 198, en su último párrafo dice: "Las destituciones y remociones previstas en este artículo y en el anterior" --198 y 197-- "no darán derecho a recurso alguno ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo". Creo que el señor Senador Alonso señalaba hoy que, a contrario sensu, esto demostraba que donde el constituyente no estableció a texto expreso la irrecurribilidad, la regla es la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo...

SEÑOR ALONSO.- No sólo a contrario sensu sino por el funcionamiento del artículo 309.

SEÑOR RICALDONI.- A él iremos, señor Senador.

Antes que nada deseo recalcar --opinión que creo todos compartimos-- que mi opinión es que la interpretación a contrario sensu es siempre peligrosa y que por tanto hay que manejarla con sumo cuidado. Pero yo decía, además, que, con este criterio, tendríamos que llegar a la conclusión que sí darían derecho a recurso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo las otras competencias que el artículo 197 le da al Poder Ejecutivo. Sin embargo, yo digo que no necesariamente eso es así. Eso era lo que yo quería manifestar.

SEÑOR ALONSO.- ¿Me permite, señor Senador?

Quiero aclarar que lo que realmente quería no era solicitar una interrupción sino una aclaración pero luego de finalizada la intervención del señor Senador Ricaldoni, porque no quería que su pensamiento perdiera ilación.

SEÑOR RICALDONI.- En esta cita de disposiciones constitucionales --no sé si son las únicas, creo que no-- se encuentra, para mí, implícita la buena tesis de que hay actos llama

dos administrativos que no son susceptibles de anulación por parte del Tribunal. Me permito también referirme al artículo 303: "Los decretos de la Junta Departamental y las resoluciones del Intendente Municipal contrarios a la Constitución y a las leyes, no susceptibles de ser impugnados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, serán apelables"... etcétera. Con ello indirectamente se establece la tesis de que hay algunos que son impugnables. Es decir, la distinción entre los actos impugnables y no impugnables...

SEÑOR ALONSO.- A lo que yo apuntaba no era a que peligre el estado de derecho cuando el Tribunal de lo Contencioso no interviene. Lo que a mí me resulta temible es que existan decisiones de la Administración o, de cualquier poder del Estado, en función administrativa, que gocen de la más absoluta discrecionalidad. En el caso del artículo 303, justamente, lo que se hace es sustituir el contralor que puede ejercer el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por el que puede ejercer la Cámara de Representantes.

Esto estaría indicando que cuando falta un contralor, expresamente previsto por la Constitución, ésta se preocupa de que haya otro. Pero lo que todavía no he escuchado es la lectura de un texto positivo de la Constitución vigente que establezca que hay actos administrativos que son irrecurribles. En cambio, sí, hay disposiciones que establecen, a texto expreso, la recurribilidad de los actos administrativos.

Por ejemplo, cuando el acto administrativo no es recurrible --según el artículo 198-- la Constitución lo dice expresamente. Y cuando es recurrible para ante otro órgano, como el caso del artículo 303, la Constitución también lo dice expresamente.

SEÑOR RICALDONI.- Creo que en más de una de las exposiciones contrarias a la tesis que yo pretendo sostener, involuntaria-

25 x

mente, se confunden lo que pueden ser críticas, desde ese punto de vista, a la solución contenida en el texto constitucional, con lo que el propio texto establece. Pero antes de seguir adelante --ya que me viene a la memoria-- quiero recordar que el propio Sayagués Laso decía --a partir de la clasificación de los actos citada hoy por el señor Senador Alonso, en actos constituyentes, legislativos, administrativos y jurisdiccionales-- que cualquiera de esos cuatro tipos de actos podía tener la naturaleza de actos de gobierno. Y a partir de allí desarrollaba una tesis que no voy a tomarme el atrevimiento de repetir, porque es de sobra conocida por todos los miembros de la Comisión.

Quiero decir que cuando el artículo 309 de la Constitución señala que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos cumplidos por la Administración en ejercicio de sus funciones, no está señalando que todos los actos que puedan considerarse de tipo administrativo son susceptibles de demanda de nulidad ante el Tribunal, sino sólo aquellos actos administrativos típicos --porque la distinción existe, y no sólo en la doctrina sino también en el pensamiento del constituyente-- que son distintos de los actos de gobierno.

De modo que lo que establece el artículo 309 de la Constitución, interpretado como corresponde, significa que sí se puede ir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pero cuando no se trate de lo que la doctrina define como acto de gobierno.

Otra cuestión es determinar el acierto o no del distingo; pero eso es materia de discusión, de análisis del texto o de eventuales reformas del mismo. Otra cosa es distinguir que el acto de gobierno puede tener una naturaleza, una materialidad distinta --con lo que estoy de acuerdo-- en un ordenamiento jurídico o en otro en atención al contexto de ese ordenamiento jurídico, lo que también acepto.

tv.6

25x

Entiendo que lo que no se puede negar --y no puede sostenerse que eso signifique una actitud sistemáticamente equivocada del Tribunal de lo Contencioso Administrativo-- que los actos de gobierno no tengan raíz constitucional en el país.

Hago estas reflexiones, que seguramente habrá que profundizar, para señalar que cuando el Parlamento utiliza el artículo 115 y aplica cualquiera de las medidas disciplinarias allí previstas está cerrando toda posibilidad al damnificado salvo dos.

En el primer caso, plantear --creo que por la vía del recurso de petición-- un nuevo examen del acto por el órgano que lo dictó. Sin embargo creo que si algo resulta claro dentro de esta tesis es que la Comisión también tendrá que pronunciarse sobre un problema que quizás se considere semántico --el que me parece que el señor Senador Alonso planteó al señor Senador Ortiz en forma correcta hace un momento-- o sea, si la Comisión entiende que este acto no es susceptible de demanda de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo que dará lugar a que haya que cambiar algo así como la carátula, y ahí habría un derecho de petición planteado bajo la forma de un recurso de revocación.

En cambio, si se da la tesis que sostiene el señor Senador Alonso, entonces, sí, estaríamos en presencia de un recurso de reposición. Esto me parece evidente, y el camino del pronunciamiento del Senado coincidiría con lo que establece el artículo 30, que se refiere al derecho de petición, o en cambio correspondería el otro, en virtud de lo que dispone el artículo 317 de la Constitución. En ese caso, la naturaleza jurídica del planteo que efectúa el ex señor Senador Araújo sería esencialmente diferente.

Respecto al segundo punto, entiendo que este tema,

25x

no lo vamos a agotar en la sesión de hoy. Por lo tanto, sería conveniente que nos abocáramos al examen en sí mismo del procedimiento seguido en torno a la aplicación del artículo 115 de la Constitución porque ese es el tema propio del Parlamento, en este caso, del Senado. Con esto no estoy diciendo que no debamos referirnos al otro aspecto. Pero coincido casi totalmente con el señor Senador Ortiz en cuanto a que el tema esencial y propio del Senado y al que realmente debería entrar porque ello le haría bien al Senado ya que inclusive roza la propia imagen del Cuerpo, es repasar nuevamente con la menor dosis de apasionamiento posible, mezclando lo menos posible factores extrajurídicos, como pueden ser los políticos, o repensar lo que todos y cada uno de nosotros hemos hecho al dar nuestro voto favorable o negativo el día que dispusimos la expulsión del ex señor Senador Araújo.

Estimo que el Parlamento tiene que ser muy cuidadoso respecto de este tema porque es a partir de ese papel prolijo y hasta meticuloso del Senado que puede resultar clara para la opinión pública la actitud adoptada; de lo contrario podría resultar una actitud viciada por factores ajenos a los propios textos constitucionales y a la conducta del ex señor Senador Araújo.

SEÑOR PRESIDENTE.- Desearía que en esta sesión pudiéramos adoptar una resolución sobre el punto previo, es decir, la recurribilidad del acto, a efectos de abocarnos en la próxima sesión al otro aspecto de este asunto. Por ese motivo, le solicitaría al señor Senador Rondán, sin querer con ello impedir circunscribir el alcance de su exposición, si nos pudiera dar su opinión sobre la recurribilidad, a efectos de tener un panorama completo acerca de este tema.

SEÑOR RONDAN.- Resumiendo, podría decir que en dos de las exposiciones muy fundadas que se han realizado se ha desarrollado con claridad de detalles la recurribilidad del acto, mientras que en una tercera se ha planteado una duda sobre su procedencia, que fue lo que manifestó el señor Senador Ricaldoni. A las dos primeras exposiciones adhirió el señor Senador Fá Robaina, lo que me evita disentir con un compañero que había estudiado el tema.

tv.8

25 x

Nuestro libro de cabecera es el del doctor Sayagués Laso --cosa natural, ya que fue nuestro profesor-- y de acuerdo a su posición nos hallamos frente a un típico acto de administración.

Ya se han dado aquí los fundamentos de por qué éste no es un acto de gobierno.

Por otro lado, adhiero a la posición de que la disquisición entre acto de gobierno y acto de administración está siendo dejado de lado por la doctrina universal, especialmente la francesa, que es la que acogió esa posición en el siglo pasado.

Tampoco podemos olvidar que si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo admitió, prácticamente por unanimidad, el acto de gobierno, lo hizo durante uno de los períodos más especiales de nuestra historia en materia de correcto dictado de la Justicia y de interpretación y aplicación de la norma administrativa.

No cabe duda de que el Parlamento ha actuado en ejercicio de sus potestades disciplinarias, aplicando lo que consideró arreglado a Derecho --y en esa oportunidad adherimos al voto que se dio-- en el sentido de que la conducta del ex Senador Araújo no era correcta por lo que podía remitirse al último inciso del artículo 115 de la Constitución de la República que, como todos sabemos, fue incorporado en la Reforma del año 1967. Si se trata de un acto típicamente administrativo en el que el órgano establece que la conducta de uno de sus integrantes no es arreglada a Derecho y merece los correctivos que está autorizado a aplicar de acuerdo al texto constitucional, consideramos que el acto es de administración en el concepto amplio en que lo emplea la Constitución en el artículo 309, por lo que adherimos a la posición de su recurribilidad. No creo, sin embargo, que nos encontremos frente a la posibilidad de una reconsideración.

Creemos que hasta en la forma en que se cumplió con los plazos para la presentación de este recurso, el administrado o quien sufrió la posibilidad de una desviación de los actos del poder administrador se amparó en lo que establece el artículo 317 de la Constitución de la República. Por eso no me asusta el hecho de que los actos del Poder Legislativo puedan ser revisados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ya que en otro aspecto las decisiones legislativas, es

decír, las leyes, también son revisadas por la Suprema Corte de Justicia, cuando interviene para juzgar sobre la constitucionalidad de un texto legal. En este caso ya nos hemos acostumbrado y lo vemos como algo absolutamente normal. Sí hemos vuelto al Estado de Derecho y como Legisladores estamos dispuestos a someter todos nuestros actos a la autoridad que realmente debe tener la consideración, como lo es la Suprema Corte de Justicia o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no me asusta que este último tome intervención en el juzgamiento de si se actuó o no con arreglo a Derecho. Es por eso, señor Presidente, que adhiero a la posición de quienes consideran que el recurso ha sido correctamente interpuesto. Creo que efectivamente nos hallamos frente a un acto administrativo susceptible de ser recurrido y encomendado a las disposiciones del texto constitucional.

Por lo expuesto, si en esta sesión hubiera pronunciamiento, mi posición será la de acompañar a quienes piensan de esta manera, tal como lo han expresado en forma tan erudita los señores Senadores Alonso y Aguirre.

Para la próxima sesión de esta Comisión deseamos anotarnos para hacer uso de la palabra al principio y no al final como en el día de hoy, a fin de tener oportunidad de expresar los puntos que hemos estudiado. Nos abocaremos a la consideración de la forma en que se condujo el Senado de la República cuando aplicó una sanción por los actos del ex Senador Araújo y, especialmente, a los pronunciamientos del profesor de la Facultad de Derecho y del Director de la Oficina del Servicio Civil.

Repito, entonces, que acompañaré con mi voto la posición de que el recurso es tal, ha sido presentado en tiempo y forma y debe ser oportunamente franqueado al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En la próxima sesión me anotaré entre los primeros para hacer uso de la palabra y fundamentaré mí posición en cuanto al comportamiento jurídico del Senado de la República en el tratamiento de este asunto.

Naturalmente, también pondremos de manifiesto nuestras discrepancias con la posición del doctor Cassinelli Muñoz en cuanto a la procedencia de incluir el tema en una sesión extraordinaria, modificando su orden del día.

hrm.2
D/103

25 x

SEÑOR ALONSO.- Señor Presidente: procuraré recurrir a mi máximo poder de síntesis a fin de formular, de manera telegráfica, algunas precisiones a la posición sustentada por el señor Senador Ricaldoni que, hasta por consideración y respeto considero indispensable hacer.

En primer lugar quiero señalar que no he sostenido como elemento cardinal que el Senado deba abocarse a la consideración del recurso planteado por el señor Araújo a fin de dar una buena imagen de la defensa del orden jurídico. Lo que he señalado es que la tesis de la irrecurribilidad de los actos de Gobierno es peligrosa en lo que refiere a la propia vigencia del Estado de Derecho. Como decía el señor Senador Ricaldoni, creo que no hay una equiparación de las posiciones doctrinarias en relación a la irrecurribilidad del mencionado acto. Es difícil evaluar los méritos o la autoridad científica de determinados nombres y considero que en éste como en otros aspectos del tema se incurre en confusiones e imprecisiones. Por ejemplo, a la corriente doctrinaria que podría sostener la irrecurribilidad del acto de Gobierno se suman aquellas posiciones que afirman la existencia del acto de Gobierno como categoría. El caso típico es el del doctor Giorgi. Me permito leer dos párrafos de su trabajo sobre el Contencioso Administrativo de anulación. Dice así: "A pesar de ser la actividad de gobierno esencialmente discrecional, no ha sido acogida la tesis de la impugnabilidad de la misma ante la jurisdicción anulatoria, basada en los principios de la discrecionalidad administrativa. La doctrina señala, sin embargo, el progreso que significaría la sustitución de la teoría de los actos de gobierno por la del poder discrecional, pues permitiría, al menos, un contralor sobre el cumplimiento de las reglas de competencia y de forma y sobre el fin que ha guiado la acción administrativa. La tendencia más avanzada --cabe consignarla-- se inclina a considerar legítimo el contralor jurisdiccional de los elementos jurídicos intrínsecos del acto de Gobierno" --competencias, por ejemplo-- "sin rozar, por supuesto, su contenido o elemento intrínseco, sujeto a la apreciación discrecional del gobernante".

Señalo, entonces, que en lo que refiere a la impugnabilidad del acto de Gobierno --ya sea porque se niega su existencia o porque admitiéndola no se le confiere carácter de inimpugnable-- se puede citar a los doctores Pérez Pérez, Prat --cuya opinión ha sido leída por el señor Senador Aguirre-- Korzeniak, Jiménez de Aréchaga, Cassinelli Muñoz y al propio doctor Giorgi.

hrm.3
D/103

25×

Con respecto a la puntualización de las distintas disposiciones constitucionales en las que se reconoce o menciona expresamente la categoría de acto de Gobierno, debo manifestar que nadie cuestiona que en la Constitución efectivamente se mencionan dichos actos.

Lo que estamos señalando nosotros es que el acto de Gobierno --aun admitiendo su existencia-- es una sub-categoría del acto administrativo, como lo es el acto de administración y que, por consiguiente, por disposición expresa de la Constitución, esa categoría es impugnable.

Con referencia al informe de la Comisión de la Constitución de 1952, digo que si un informe por mayoría que sostiene una posición que luego expresamente no es recogida en el texto que, en definitiva, se sanciona, no puede invocarse como argumento valedero para sostener que el texto positivo expresa una cosa distinta de la que dice. No es un argumento "contrario sensu" si el criterio sostenido por esa Comisión fue modificado, por algo se hizo.

En definitiva, no se puede, como lo dice el propio texto, so pretexto de consultar la intención del Legislador, desconocer la letra de una disposición.

Finalmente señalo que no es unánime la doctrina en cuanto a sostener --como lo hacía el doctor Sayagués Laso-- que el acto de Gobierno puede emanar tanto de la función jurisdiccional como de la administrativa, como de la legislativa. Hay quienes sostienen en doctrina que el acto de Gobierno es privativo del poder administrador, es decir, del Poder Ejecutivo.

Por último, en el curso del debate, en algún momento, se ha tratado, prácticamente, como sinónimos, el acto administrativo y el acto de administración.

El acto administrativo es una categoría que surge de una clasificación que atiende los aspectos material y formal del mismo y son aquellos actos de administración que producen efectos de carácter supletivo.

En cambio, el acto de administración es una sub-categoría dentro del acto administrativo. Es decir, que podríamos tener entre los actos administrativos los de administración y los de Gobierno.

hrm.4
D/103

Esta segunda tesis del doctor Sayagués Laso, esta sub-categoría del acto de Gobierno puede aparecer, también, en otras funciones. En ningún caso, podemos asimilar acto administrativo y acto de administración. En este caso, el acto administrativo tiene un contenido material y de lo que se trata, específicamente es la resolución que ha tomado el Senado. Podrá discutirse si esta resolución tiene la categoría, la sub-especie de acto de administración o de acto de Gobierno. Estimo que se trata de un acto de administración y no de uno de Gobierno.

Aquí tenemos que dirimir tres cosas. Primero, existencia o inexistencia de la categoría acto de Gobierno; en segundo lugar, si el acto de que trata el Senado es uno de Gobierno o de administración y, en tercer lugar, admitido que existiera el acto de Gobierno, y admitido que tuviera tal carácter, lo que habrá que determinar es si el acto de Gobierno es además inimpugnable.

Sostengo, por su orden, que rechazo la teoría de acto de Gobierno, porque la considero no fundada y altamente peligrosa para el Estado de Derecho; en segundo lugar, aunque él existiera ¿este es un acto de administración? Y, en tercer término, aunque éste fuera un acto de Gobierno, de acuerdo al texto de la Constitución, los actos de Gobierno no son inimpugnables.

SEÑOR PRESIDENTE.- Como ha llegado la hora de la sesión del Senado, proseguiremos discutiendo este tema en la próxima sesión.

En el aspecto formal en cuanto a la recurribilidad del acto, es opinión unánime en la Comisión; pero atento al pedido del señor Senador Ricaldoni, que estima que puede ser considerada una petición y no un recurso administrativo típico, vamos a decidirlo al iniciar la próxima reunión.

Por último, quiero decir que la referencia al artículo 203 de la Constitución, creo que no tiene el alcance que se le ha dado porque, por ejemplo, los decretos de las Juntas Departamentales allí mentados, no son susceptibles de impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; no son actos de Gobierno sino, simplemente, decretos legislativos a los cuales el artículo 260 de la Constitución les reconoce fuerza de ley en su jurisdicción y, por consiguiente, no son actos administrativos sino legislativos.

Si no se observa, se levanta la sesión.

(Así se hace, a la hora 17 y 55 minutos).

hrm.5
D/103

25x